



O DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA: OS DESAFIOS E AS PERSPECTIVAS NO ÂMBITO DA SAÚDE E DA ECONOMIA

THE RIGHT TO HEALTH IN PANDEMIC TIMES: THE CHALLENGES AND PERSPECTIVES IN THE FIELD OF HEALTH AND THE ECONOMY

Daniela da Cunha Santos¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo uma reflexão sobre a pandemia do novo coronavírus e suas consequências no âmbito do direito à saúde, além dos reflexos causados em vários aspectos da sociedade, notadamente, no campo econômico. Para tanto, expõe sobre o surgimento da pandemia ocasionada pelo COVID-19, trazendo à tona a questão referente à valoração da vida, o isolamento e distanciamento sociais e seus efeitos na vida das pessoas e na economia, além de fazer uma abordagem sobre a crise sanitária e a escassez de recursos. Como metodologia, foi empregada a pesquisa bibliográfica em obras e artigos já publicados, o que permitiu concluir que, nesse contexto de pandemia global, a atuação do Estado deve assegurar os valores relativos à proteção e à preservação da vida das pessoas, sendo imperioso, para tanto, que a economia se adapte às necessidades da saúde.

Palavras-chave: Covid-19. Pandemia. Direito à saúde. Judicialização.

ABSTRACT: The current study aims to reflect on the pandemic of the new coronavirus and its consequences in the field of the right to health, as well as the repercussions caused in several aspects of society, notably in the economic context. To do so, it exposes the emergence of the pandemic caused by COVID-19, bringing up the matter of the valuation of life, social isolation and distancing, and its effects on people's lives and the economy; it approaches the health crisis and the shortage of resources. As a methodology, bibliographic research was used in works and articles previously published, allowing the conclusion that in the context of a global pandemic, the State's actions must ensure values related to the protection and preservation of people's lives, and the economy must adapt to health needs.

Keywords: Covid-19. Pandemic. Right to health. Judicialization.

Recebido em 15.02.2021 e aprovado para publicação em 05.05.2021

¹Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas pela Universidade Santa Cecília. Possui Graduação em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (2000) e está cursando Especialização em Direito de Família e das Sucessões no Instituto Damásio de Direito - IBMEC. Atualmente é Sócia Proprietária e Fundadora de Cunha e Aranha Sociedade de Advogados e Relatora da XIV Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB - Seção São Paulo. Possui experiência na área de Educação com formação na área do magistério, atuando como Docente de Direito na Escola Marquês de Olinda - AVANTE cursos preparatórios.
E-mail: daniela@cunhaearanha.adv.br.



1 INTRODUÇÃO

Os debates acerca do que está abrangido no Direito da Saúde nos remete a uma discussão que surge em momentos de crise, apesar de não ser totalmente ignorada em períodos do que poderia ser tido como períodos de normalidade. Com a pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2, causador da Covid-19, essa discussão ganhou maior repercussão na contemporaneidade.

O ponto central para o início da superação da situação atual é a adoção de medidas que se mostrem adequadas ao Estado e às pessoas. Em síntese, podem ser citadas algumas questões sobre o COVID-19 que demandam reflexão, a saber: a) liberação de maior monta de recursos para fins de investimento em saúde; b) priorização de pacientes infectados pelo vírus; c) tratamento e proteção dos profissionais da área da saúde; d) ação coordenada do Estado com a indústria farmacêutica, com o objetivo de garantir todos os fármacos necessários à população; e) maior adoção da telemedicina; f) definição de critérios para a priorização do cuidado em relação às pessoas; g) rigor no controle das medidas de confinamento; h) atuação coordenada das polícias com vistas a evitar atividades não essenciais e aglomeração de pessoas; i) total isolamento das pessoas infectadas; j) prestação social para pessoas de baixa renda, entre outras.

Nesse sentido, diante de tal contexto pandêmico, talvez a postura que se mostre de maior importância seja a de observar e reproduzir as medidas já adotadas por outros países que obtiveram êxito na estabilização e redução do número de pessoas infectadas, replicando-as, no Brasil, e procedendo com todas as adaptações necessárias para isso. De qualquer maneira, sempre são esperadas posturas éticas e responsáveis com o objetivo de proteger a saúde das pessoas na maior extensão possível. Diante da COVID-19 tem-se um novo cenário, e, naturalmente, algumas dúvidas surgem em razão da situação de crise.

Nos últimos anos, o judiciário assumiu uma função de protagonismo em diversas questões cotidianas, inclusive no que tange à interpretação da legislação referente ao Direito da Saúde. Para as situações extraordinárias, fala-se em judicialização da crise, expressão empregada para explicar como o Poder Judiciário se comporta em tempos de calamidade ou de grandes dificuldades, o que possibilitaria, em tese, a modificação total ou parcial do entendimento jurídico devido à excepcionalidade.

Assim, não se conhece ao certo qual será o impacto do COVID-19, mas seus efeitos se prolongarão por diversos anos. Nesse sentido, o presente estudo objetiva discutir a proteção do direito à saúde em tempos de pandemia.

Como metodologia, foi empregada a pesquisa bibliográfica realizada em artigos publicados em meio físico e virtual, doutrinas, legislação e jurisprudência sobre o tema ora abordado.

2 O INÍCIO DA PANDEMIA

O mundo está sob efeito de uma inesperada ameaça: a pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Surgido na China, em dezembro de 2019, trata-se de vírus já conhecido, pertencente a uma família de vírus que causaram epidemias no passado, como a Síndrome da Angústia Respiratória Aguda (SARS) e a Síndrome da Angústia Respiratória Aguda do Oriente Médio (MERS), mas que sofreu mutações e se tornou altamente contagioso, com taxa de letalidade de 3,4%, ultrapassando a marca de 1.178.475 mortes pelo mundo, segundo dados da Organização Mundial da Saúde.²

Em comparação com as outras pandemias, a Sars-CoV-2 já superou a febre amarela, Ebola, SARS e a MERS em número de óbitos, e as estatísticas continuam subindo diariamente. De caráter altamente contagiosa, a doença partiu da saúde e infectou severamente a economia em escala mundial. Consequentemente, os efeitos colaterais dessa doença se refletem em todas as esferas da sociedade.

A crise financeira global de 2008 deixou lições a serem lembradas. Países como Grécia, Itália e Espanha optaram ou foram obrigados a implementar medidas de austeridade e sofreram uma indiscutível queda nos índices referentes à saúde pública, com aumento do número mortes e suicídios relacionados ao álcool e às drogas. Estima-se que 10.000 suicídios relacionados ao que seriam denominadas “doenças do desespero” ocorreram naquele período (FARIAS; MASCARENHAS, 2020).

Alemanha, Holanda e Reino Unido, por outro lado, decidiram estimular a economia, com medidas para proteger os mais vulneráveis, e devolveram esperança ao seu povo com políticas de renda mínima para os desempregados ou para ajudá-los a voltar ao trabalho.

A regra, em administrações denominadas modernas, em economias de mercado (neoliberal)³, é a atuação estatal sob uma visão predominantemente econômica, com a redução

² Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 03 nov. 2020.

³ Em seu livro Estado da Crise, Bauman e Bordonni relatam que “A prática do Neoliberalismo submete as funções sociais do Estado ao cálculo econômico: uma prática não usual, que introduziu critérios de viabilidade nos serviços públicos, como se eles fossem empresas privadas, para ordenar os campos da educação, saúde, seguridade social,



dos gastos financeiros, mesmo diante de um indiscutível crescimento das demandas sociais. A atuação do Estado se daria somente dentro do economicamente possível, sendo o mercado agente regulador natural das relações sociais.

Novamente, surge a discussão sobre os efeitos na economia no tocante à necessidade de tomada de decisões drásticas, desta vez tendo como personagem principal a saúde pública. É fato que a redução da atividade econômica diminuiu a circulação de dinheiro e, com ela, as receitas tributárias, reduzindo as finanças disponíveis para financiar as contramedidas de saúde pública que se fizerem necessárias para controlar e estabilizar a pandemia.⁴

Na China, onde o COVID-19 ocorreu pela primeira vez, a produção industrial caiu cerca de 13,5% e as vendas de varejo com ajuste sazonal caíram 21%. Alguns setores entraram em colapso quase completamente. No Brasil, o Fundo Monetário Internacional previu que haverá uma retração econômica, cerca de 5% no segundo semestre de 2020, e há previsões de maior retração do PIB mundial em até 2% neste ano.⁵

Trata-se, portanto, de uma conjuntura de incerteza fiscais, verbas restritas para a saúde e necessidade de reformulação de políticas públicas, que somente poderão ser enfrentadas com medidas efetivas de priorização da proteção dos cidadãos, através dos serviços públicos de saúde. Este também foi o alerta de Boaventura de Souza Santos:

Assim temos vivido nos últimos quarenta anos. Por isso, a pandemia vem apenas agravar uma situação de crise a que a população mundial tem vindo a ser sujeita. Daí a sua específica periculosidade. Em muitos países, os serviços públicos de saúde estavam mais bem preparados para enfrentar a pandemia há dez ou vinte anos do que estão hoje [...] E chegámos aos nossos dias com os Estados sem capacidade efectiva [sic] para responderem eficazmente à crise humanitária que se abateu sob os seus cidadãos. A fractura [sic] entre a economia da saúde e a saúde pública não podia ser maior. Os governos com menos lealdade ao ideário neoliberal são os que estão a actuar [sic] mais eficazmente contra a pandemia, independentemente do regime político (SANTOS, 2020, p. 25).

emprego, pesquisa científica, serviço público e segurança sob uma perspectiva econômica” (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 29).

⁴ Ao mesmo tempo os gastos em saúde crescerão sensivelmente. O Ministério da Saúde estima, que, somente para custos com internações em unidades de terapia intensiva (UTIs), o governo gastaria em torno de R\$ 10 bilhões de reais, sendo que todos os gastos para a contenção dessa crise ultrapassariam R\$ 400 bilhões de reais (FARIAS; MASCARENHAS, 2020).

⁵ Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/04/14/fmi-projeta-retracao-de-53percent-para-economia-brasileira-em-2020.ghtml>. Publicado em: 14 abr. 2020. Acesso em: 20 out. 2020.



O cenário de crise de saúde e agravamento da problemática social implica na necessidade da efetiva atuação estatal para romper essa lógica liberal simples, na busca de garantia e de implementação do direito social à saúde.

É preciso entender que a grave conjuntura sanitária se trata de uma legalidade extraordinária em que o Poder Público precisa adotar condutas e medidas excepcionais e temporárias, consagradas no ordenamento jurídico, para controlar a disseminação do vírus e a contaminação das pessoas. Nas palavras do jurista Pedro Serrano (2020, p.7): “No plano jurídico, a existência de uma pandemia inscreve-se como uma situação de emergência ou calamidade pública de caráter extraordinário, para a qual a ordem jurídica pode e deve oferecer respostas; a exceção, como se sabe, caracteriza-se pela anomia, pela falta de norma, pela ausência de legalidade”. Vale, nesse passo, acrescentar a sempre atual lição do mestre Lênio Streck (2020, p. 2): “aplica-se o Direito por princípio e não por política. Vidas não podem ser hierarquizadas. E, atenção: legalidade extraordinária não justifica solapar o texto da Constituição Federal”.

Portanto, as ações públicas para a solução de problemas extraordinários no combate à pandemia devem ter por fundamento a observância dos princípios constitucionais, priorizando, através de políticas públicas urgentes e emergenciais, a proteção à vida.

3 ISOLAMENTO SOCIAL, EFEITOS NA ECONOMIA E VALORAÇÃO DA VIDA

A pandemia da COVID-19 veio realçar as características da sociedade pós-moderna, consoante teorizada pela Sociologia do Risco. Se, na Primeira Modernidade, havia uma busca por precisão, certeza, harmonia e uma compreensão de vida social demarcada pelo território dos Estados nacionais, a Pós-modernidade ou Segunda Modernidade rompe com tais paradigmas, na medida em que se caracteriza pela ambivalência, globalização e risco (BAUMAN, 1999).

O dilema em propor soluções para essa crise atual começa quando a principal causa da recessão econômica consiste justamente no “remédio”, a medida mais importante para conter a pandemia: o isolamento social. Desse modo, no Brasil há um debate caloroso sobre a dose certa desse remédio e a descoberta do ponto ideal de atuação para proteção da saúde e da economia.

Na atual situação de necessidade no que se refere à saúde pública, o princípio da legalidade sofreu mitigações, exigindo medidas estatais, prerrogativas do seu poder de polícia,



tal como o distanciamento social, confinamento e quarentena, com implementação de restrições à liberdade das pessoas.⁶

Para evitar, ou ao menos conter, a disseminação do vírus, a contaminação das pessoas e o crescimento da pandemia, as autoridades sanitárias dos países afetados fecharam fronteiras, aeroportos e escolas, cancelaram eventos esportivos e atividades comunitárias que pudessem gerar aglomerações. Dessa forma, as medidas necessárias para conter o vírus incluem a prática do distanciamento social, uma ação essencialmente voluntária, evitar aglomerações, outra ação voluntária ou proveniente de uma medida restritiva com força legal, a depender das políticas de enfrentamento da epidemia

Alguns economistas que defendem o fim das restrições impostas à atividade econômica entendem que os governantes ainda não foram capazes de avaliar de forma satisfatória os custos e os benefícios das citadas restrições, sendo atribuído um peso muito grande para salvar vidas. Neste cenário de colapso econômico global, com todas as suas implicações já discutidas, considerando as evidências científicas e a afirmação dos maiores especialistas em epidemia no mundo de que o distanciamento evita mortes, acabar precocemente com as restrições resultaria no risco a vidas de milhares de pessoas. Todavia, será que se pode medir este custo e será que ele traria benefício duradouro para a economia?

Martin S. Eichenbaum e Sergio Rebelo da Northwestern University, e Mathias Trabandt, da Universidade Livre de Berlim, decidiram calcular o preço de uma vida na pandemia do coronavírus, a partir das estimativas do valor total do prejuízo em dólar pelo número de pessoas salvas pelas medidas restritivas adotadas (FARIAS; MASCARENHAS, 2020). Na hipótese de um isolamento voluntário, Eichenbaum e colegas calcularam que a demanda por parte do consumidor americano sofreria um declínio de US\$ 800 bilhões em 2020, ou de aproximadamente 5,5%. De acordo com as projeções epidemiológicas, à medida em que o vírus se espalha livremente, sem medidas de contenção, ele rapidamente infectaria a maioria da população antes que uma ação de imunização em massa contivesse o seu curso. Supondo uma taxa de mortalidade de cerca de 1% das pessoas que contraírem o Covid-19, aproximadamente 1,7 milhão de americanos viriam a óbito em um ano (FARIAS; MASCARENHAS, 2020).

⁶ Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, fixou normas sobre as medidas emergenciais para o enfrentamento do coronavírus. Destaque-se o seu art. 3º, em que o legislador elencou o isolamento, exemplificativamente, como medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades competentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

Por essa lógica, uma política para a contenção do vírus com redução da atividade econômica poderia minorar a taxa de mortalidade, mas ao mesmo tempo iria impor um maior custo econômico. Eichenbaum e outros afirmam que o declínio do consumo em 2020 mais do que dobraria, atingindo US\$ 1,8 trilhão, sendo que as mortes cairiam em meio milhão de pessoas, o que representaria US\$ 2 milhões em perda de atividade econômica por vida salva (FARIAS; MASCARENHAS, 2020).

A discussão se resume, no fim, ao valor monetário de uma vida e nos obriga a recordar as lições de Thomas C. Schelling, Prêmio Nobel da Economia, que propôs que se autorizasse que as pessoas precificassem suas próprias vidas. Observando o quanto elas estariam dispostas a gastar para diminuir suas chances de morrer, as agências do governo poderiam chegar a um preço específico.

Com efeito, o isolamento social também é uma estratégia econômica para controlar o contágio do vírus no tempo e no espaço, além obter mais eficiência orçamentária e médica. A relação custo/benefício mudará se levar-se em consideração que o sistema de saúde poderia ficar sobrecarregado pelos casos de COVID-19, com aumento das taxas de mortalidade, o que justificaria um fechamento mais agressivo.

No Brasil, os números de casos complicados e de morte não são maiores em virtude do distanciamento social, em grande parte voluntário, de modo que o relaxamento de tais medidas certamente causará agravamento da pandemia, já que ainda não existe outra ação eficaz contra o vírus, como vacina, medicamentos, entre outros. A questão, contudo, é mais complexa, pois ao mesmo tempo que o distanciamento diminui a progressão da pandemia, produz graves consequências econômicas. Assim, soluções radicais em qualquer sentido precisam ser bem planejadas, adotando-se ações estatais coerentes e proporcionais para a contenção da doença.

Com o início da pandemia, uma das principais pautas governamentais no mundo e no Brasil é a de como solucionar ou estabilizar a crise econômica causada pela COVID-19. Nosso país ainda não havia superado as incertezas econômicas instauradas em 2013 e nossa economia não apresenta crescimento econômico trimestral maior que 1% em 2019.

A economia brasileira entrou numa estagnação, apresentando vários indicadores ruins, e todos os dados apontam uma situação ruim há muito tempo e que não melhorou — como foi prometido no momento da implantação das reformas trabalhista e previdenciária, que objetivavam o ajuste fiscal. Considerando o cenário prévio, a chegada do coronavírus no Brasil apenas aprofunda as dificuldades que o país já enfrentava, portanto, acreditar que o vírus seja

o único responsável pelos problemas econômicos e sociais que se apresentam, e aqueles que ainda virão, é negar todos os problemas enfrentados pelo país.

4 CRISE SANITÁRIA E ESCASSEZ DE RECURSOS

Inicialmente, é forçoso destacar que, apesar de a sociedade clamar pela efetivação de direitos, é fato incontroverso a inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação das necessidades sociais acarretando escolhas alocativas a serem realizadas pelos gestores.

Em tempos de pandemia, a principal preocupação das autoridades sanitárias é a ausência de estrutura para o tratamento, já que a equipe de profissionais de saúde e a quantidade de equipamentos nem sempre se mostram suficientes para atender à demanda. Portanto, nesse momento de crise sanitária mundial, assim como em diversos outros graves momentos vivenciados pela humanidade, o Estado é chamado para controlar a saúde pública e a economia, que pertencem à mesma equação, ou seja, na tentativa de equalizar os imperativos da saúde e econômicos.

Observe-se, ainda, que a pandemia do novo coronavírus servirá para destacar a importância do papel do Estado na economia, que foi abandonada pelo discurso político de austeridade, ajuste fiscal e da necessidade de redução de despesas públicas. A questão se refere a escolhas políticas, “política sem romance”, termo usado pelo professor James Buchanan em seus estudos de Teoria das Escolhas Públicas (BUCHANAN, 2020, p. 3).

Gustavo Amaral entende que: “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”, completando que sempre será necessário a adoção de um critério de escolha, pois “não é viável atender todos os pleitos em razão da finitude de meios e recursos, de modo que a adoção de escolhas estratégicas terá, como consequência, o emprego de recursos em um determinado setor, deixando de atender a outros” (AMARAL, 2010, p. 84).

O autor utiliza os critérios da essencialidade e da excepcionalidade, enfatizando que, quanto mais essencial for a prestação pública, ligando ao conceito de dignidade da pessoa humana, mais excepcional será a razão para a mesma não ser atendida.

No campo da saúde, Amaral e Melo destacam que “a escassez, em maior ou menor grau, não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável” (AMARAL; MELO; SARLET, 2013, p. 91), e, mesmo que “não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade de adoção de critérios de escolha, de alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos,



mesmo aqueles necessários ao salvamento de vidas” (AMARAL, 2010, p. 80). Esse foi um ponto destacado pelo Ministro Barroso⁷, em seu voto no Recurso Extraordinário 566.471 do Rio Grande do Norte, referente ao fornecimento de medicamentos de alto custo, *in verbis*:

Nesse contexto, a escassez de recursos traz contornos dramáticos às decisões alocativas na área da saúde. Afinal, como definir quais prestações fornecer? Quanto destinar ao orçamento da saúde? Quais tratamentos e pacientes priorizar? Como é natural, todas essas indagações devem ser pensadas e respondidas pelos órgãos competentes para a elaboração das políticas públicas de saúde. E não pelo Judiciário. Mais recentemente, porém, a excessiva judicialização da saúde tem impedido a execução das políticas públicas existentes. Em 2010, o Ministério da Saúde já estimava que a litigância teria produzido um estoque de mais de 60 mil processos, além de gastos que excederam a programação financeira do ministério e das secretarias de saúde em mais de R\$ 500 milhões anuais.

A escassez na área de saúde implica em desdobramentos no campo da ética e da liberdade médica, criando obstáculos para que o médico possa prescrever e realizar as ações que entendam ser mais benéficas para o paciente. Como decidir entre a vida e a morte? Como priorizar um atendimento mais eficaz e mais custoso, em comparação a um menos eficiente, porém mais barato?

Administrar a saúde é realizar escolhas difíceis, com recursos limitados, para atender, infelizmente, necessidades intermináveis, não se podendo restringir essa problemática a um mero discurso de má utilização das verbas públicas. Tais questionamentos são ainda mais graves neste momento de pandemia, em que, mesmo deslocando verbas de outras áreas do Estado, os recursos não são suficientes para, de forma célere e eficaz, combater a crise sanitária.

Para a proteção do direito fundamental à saúde, neste momento de crise, até mesmo regras fiscais e orçamentárias precisam ser relativizadas. No Brasil, teremos indiscutível aumento dos gastos públicos, não previsíveis anteriormente, aliado a uma forte queda na arrecadação, sendo, porém, incerto a real dimensão da crise sanitária, impedindo, até este momento, que sejam elaborados parâmetros orçamentários seguros.

E esse foi o alerta do Ministro Alexandre de Moraes, ao conceder liminar na ADI n. 6357-DF⁸, proposta pela Advocacia-Geral da União, permitindo ao Governo Federal a não observância dos rigores da Lei de Responsabilidade Fiscal neste momento de crise pandêmica, *in verbis*:

⁷ Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versão-final.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁸ STF – ADI 6357. Rel.: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Publicada em 30.03.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 20 out. 2020.

O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde. A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. O desafio que a situação atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas é da mais elevada gravidade, e não pode ser minimizado. A pandemia de COVID-19 (Coronavírus) é uma ameaça real e iminente, que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato, inclusive no tocante a garantia de subsistência, empregabilidade e manutenção sustentável das empresas.

A gravidade da situação exige ações concretas visando afastar os obstáculos para a efetivação do direito à saúde. Nessa seara, a crise nos traz a noção de entendimento sobre a vida constitucionalizada, ou seja, viver, sobreviver com dignidade. Com efeito, a necessidade de adotar providências excepcionais para o combate a pandemia também justifica a restrição a direitos fundamentais e a outros princípios constitucionais, dentro da legalidade extraordinária, mas com escolhas baseadas em princípios, na vida protegida, exercida com dignidade. Desse modo, a crise sanitária configura um período excepcional em que as restrições a alguns direitos fundamentais, que não seriam aceitas em situação de normalidade, passam a ser toleradas desde que necessárias para preservar os direitos à vida e à saúde.

É preciso garantir o direito à vida, sendo certo que viver dignamente, mesmo em períodos como este, não significa apenas sobreviver, o mínimo existencial deve ser analisado em harmonia com o direito a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2013). Não se pode confundir as necessidades humanas com a simples existência humana. A proteção aos direitos fundamentais exige o dever de respeito, proteção e promoção. O Estado não pode violar nem permitir sua violação, além de ter, como obrigação, de proporcionar condições básicas para o pleno exercício dos mesmos (MARMELSTEIN, 2014).

Portanto, nesse momento de COVID-19, a Economia tem que se adaptar às necessidades emergenciais e imprevisíveis da sociedade para garantir, através de políticas públicas, o direito fundamental à saúde.

5 JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE

A judicialização da crise da pandemia também exige o debate sobre um ponto importante: os critérios empregados para julgar os processos judiciais. Neste sentido, a tradição brasileira sinaliza para a existência de dois caminhos a seguir.

O primeiro caminho é aquele em que o juiz emprega critérios técnicos, ou seja, expõe os fundamentos e finaliza sua decisão com fundamento em evidências científicas na área da saúde ou a partir da clara indicação de razões admitidas pela maioria dos profissionais da saúde. Adotar essa posição significa filiar-se a uma linha conhecida como jurisprudência técnica.

O segundo caminho é aquele em que o magistrado supera os argumentos das ciências da saúde e invoca fundamentos normalmente genéricos, de natureza principiológica, geralmente com a aplicação incorreta da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade e Justiça. Nesse caso, tem-se o que se conhece por jurisprudência sentimental.

Sobre a Judicialização da Saúde, é muito comum o sentimentalismo devido à natureza social e à importância da intervenção da parte autora no processo judicial. E com fundamento em argumentos abstratos, como os já citados, superam-se os contratos firmados na saúde suplementar, desconsiderando-se as normas estabelecidas em políticas públicas de saúde. Nos dizeres de Martins-Costa:

A “jurisprudência sentimental”, isto é, a prática crescente de juízes que ignoram os termos de um acordo para beneficiar a parte mais fraca, muito embora o consumidor tenha aderido ao contrato devidamente informado sobre o seu conteúdo. Um levantamento do Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas (Ipea), que ouviu 741 magistrados em 12 Estados, informa que 79% deles decidiriam pela quebra de um contrato para favorecer pessoas de baixa renda (MARTINS-COSTA, 2007, s.p).

Sobre a Judicialização da Saúde Suplementar, Sperandio informa que:

Diante da mitigação da autonomia da vontade, houve a consolidação de uma jurisprudência sentimental nos tribunais pátrios, no sentido de que praticamente toda cláusula de exclusão de cobertura é tida como abusiva. Este primado do sentimentalismo ignora os reflexos econômicos a serem suportados pelas operadoras de saúde — as quais, como era inevitável, reduziram a oferta e aumentaram os preços (SPERANDIO, 2017, s.p).

Assim, a jurisprudência da crise precisa prestigiar a análise técnica das questões com a finalidade do alcance de soluções mais próximas ao ideal a ser alcançado.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de COVID-19, causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), vem suscitando discussões de variadas ordens e em diversos campos do saber, em razão de sua amplitude global e de seus efeitos deletérios em toda a complexidade social. Já foi identificada como uma crise superior à de 2008.

Dada a sua relevância social e internacional, esse fenômeno não poderia passar despercebido pelo Direito, até porque a crise demanda respostas, decisões e providências céleres por parte do Estado — enquanto agente primordial no enfrentamento da atual pandemia, em defesa não apenas da saúde pública, mas também da economia, das instituições, da geração de trabalho e emprego, da segurança e de outros direitos e interesses legítimos. O protagonismo estatal e o dever permanente de decidir, todavia, trazem consigo ônus, ou seja, a resolução de certos problemas pode gerar outros tantos que demandam soluções imediatas, as incertezas que permeiam as decisões podem colocar em risco a efetividade das medidas adotadas, e as ações estatais podem ensejar violações sistemáticas à ordem jurídico-constitucional.

Sendo assim, a alocação de recursos deve adotar, como base, os objetivos priorizados pela Constituição, a fim de efetivar os direitos protegidos e garantir a proteção da sociedade do risco à saúde.⁹ O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a fonte de irradiação dos direitos fundamentais, sendo importante que a atuação do Estado tenha sempre esse objetivo.

É preciso entender que a atual conjuntura sanitária se trata de uma legalidade extraordinária em que o Poder Público precisa adotar condutas e medidas excepcionais e temporárias, consagradas no ordenamento jurídico, para controlar a disseminação do vírus e a contaminação das pessoas.

Portanto, nesse contexto de pandemia mundial, a atuação do Estado deve assegurar os valores relativos à proteção e preservação da vida, sendo imperioso, para tanto, que a Economia se adapte às necessidades da saúde.

⁹ Para Barcellos, “se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados” (BARCELLOS, 2011, p. 242).



7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez, escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle; SARLET, Ingo Wolfgang. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-100.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, 34/11, abr./jun. 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. **Coronavírus, “estado de exceção sanitária” e restrições a direitos fundamentais**. Qual seria o ponto ótimo da atuação governamental para a proteção, na maior medida possível, da saúde e da economia públicas? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitos-fundamentais-04042020>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE 657.718**. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. Publicação DJE 25/10/2019- ata n. 162/2019, DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=5009>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6357**. Rel.: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Publicada em 30/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 22 out. 2020.

BUCHANAN, James. Politics Without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and its normative implications. In BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert D. (Org.). **The Theory of Public Choice II**. Michigan: The University of Michigan Press, 1996. p.11-22.

EICHENBAUMZ, Martins; REBELO, Sérgio; TRABANDT, Mathias. **The Macroeconomics of Epidemics**. Disponível em: <https://www.kellogg.northwestern.edu/faculty/rebelo/htm/epidemics.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega; MASCARENHAS, Igor de Lucena. **COVID-19 - Saúde, Judicialização e Pandemia**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade: Os cumes das montanhas e os universos submersos**. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/letras/article/viewFile/11916/7337>. Acesso em: 22 out. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do crime**. Coimbra: Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 13-50.

SERRANO, Pedro. Todas as vidas são iguais. **Revista Carta Capital**, 8 abr. 2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Coronavírus e Direito Econômico: reflexões sobre desafios e perspectivas**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/20/coronavirus-direito-economico-reflexoes/>. Publicado em: 20 abr. 2020. Acesso em: 22 out. 2020.

SPERANDIO, Luan. **Como o intervencionismo estatal está destruindo o mercado de saúde privado brasileiro**. 2017. Disponível em: https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2699#_ftn11. Acesso: 22 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho? 02 abr. 2020**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>. Acesso em: 22 out. 2020.